



LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA N.º 3

La investigación
en filosofía del derecho

Ángeles Ródenas Calatayud

LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA N.º 3

**La investigación
en filosofía del derecho**

Ángeles Ródenas Calatayud

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



100 años
PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

Iván Meini Méndez

Directora del CICAJ-DAD

Patricia Urteaga Crovetto

Comité Asesor del CICAJ

César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Rómulo Morales Hervías
Elizabeth Salmón Gárate
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Castañeda

Equipo de Trabajo

Frida Segura Urrunaga
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Mayra Sánchez Hinojosa
Enzo Dunayevich Morales
Ana Cristina Delgado Cango

La serie *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica* busca difundir las pautas metodológicas, los contenidos específicos y los desafíos de la investigación desde las distintas áreas del derecho. Para ello, el CICAJ ofrece la publicación de una serie dedicada a los métodos usados por el investigador en derecho penal, civil, procesal, mercantil entre otras disciplinas jurídicas.

Cada uno de los números publicados en esta serie ha sido elaborado por distinguidos expertos internacionales, con amplia experiencia en investigación.

Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica N.º 3

La investigación en filosofía del derecho

Ángeles Ródenas Calatayud

Primera edición: agosto 2017

Tiraje: 250 ejemplares

© Ángeles Ródenas Calatayud

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/>

Corrección de estilo: María Gracia Minaya Chávez

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156 - Lima 5 - Perú

Este libro ha sido objeto de dos arbitrajes por pares externos. Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2014-08013

ISSN: 2312-4830

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. UNA DISCIPLINA «LIGERAMENTE DESENFOCADA»	7
1. El «gran giro» de la filosofía del derecho	9
2. Una disciplina sometida a una «estricta dieta metodológica»	11
3. Los déficits de la investigación iusfilosófica	12
3.1. Un déficit teórico	12
3.2. Un déficit práctico	12
3.2.1. La orfandad filosófica de los dogmáticos	13
3.2.2. La orfandad filosófica de los juristas prácticos	13
4. Retos y cuestiones pendientes	13
CAPÍTULO II. UNA DISCIPLINA FRACCIONADA	15
1. Los sucesivos fraccionamientos de la moderna filosofía del derecho	18
1.1. La ofensiva postpositivista	18
1.2. La fractura del positivismo: positivismo excluyente y positivismo incluyente	19
1.3. La fractura del constitucionalismo: constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista	21
2. La objeción metodológica del positivismo jurídico	23
2.1. Una breve reflexión sobre el fundamento último del conocimiento	24
2.1.1. Planteamiento general	24
2.1.2. El conocimiento lógico	24
2.1.3. El conocimiento científico	25
2.1.4. El conocimiento ético	26
2.2. De nuevo sobre la objeción metodológica del positivismo jurídico	27
CAPÍTULO III. UNA DISCIPLINA DISPERSA: CONTENIDOS Y DESAFÍOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XXI	31
1. La superación de la geografía tradicional	33
2. Principios para una teoría argumentativa del derecho	34
REFERENCIAS	37

INTRODUCCIÓN

«La filosofía no es una teoría, sino una actividad» (Wittgenstein, 2006, sección 4.112), su objetivo es «la clarificación lógica de los pensamientos» (Wittgenstein, 2006, sección 4.112). Mediante estas reflexiones, contenidas en el *Tractatus*, Wittgenstein pretendía advertirnos de que la filosofía no aporta conocimiento, sino comprensión: la filosofía no cambia nuestro conocimiento de los hechos, sino solo nuestra comprensión de los modos en los que hablamos de ellos, diluyendo la perplejidad. Valga este arranque wittgensteiniano para ponernos en antecedentes acerca de cuál es la pretensión que ha orientado la elaboración de este libro: el lector no encontrará en él una teoría sobre las pautas y la metodología a las que debe someterse la investigación en filosofía del derecho; siguiendo con la metáfora wittgensteiniana, este libro debe ser tomado solo como «una guía para perplejos». En él se expone un catálogo de problemas acuciantes para la investigación iusfilosófica: problemas relativos a la metodología a emplear; a los presupuestos racionales últimos en los que descansa, o a la delimitación de sus contenidos. Los problemas expuestos no son abordados con la vana pretensión de resolverlos o de disolverlos de un plumazo mediante el empleo de unas determinadas pautas metodológicas, sino desde una actitud que nos haga conscientes de cuáles son las causas que los motivan y cuáles los obstáculos que entorpecen su resolución (o su disolución).

Conocer la topografía de la penumbrosa y densa ciénaga en la que se mueve la investigación iusfilosófica no modificará la morfología del terreno: la niebla y el espesor del barro continuarán ralentizando nuestro avance, y los peligros del pantano seguirán acechándonos, pero ir bien pertrechados con un buen mapa de las dificultades de la superficie nos evitará caer en las mismas arenas movedizas en las que otros ya cayeron. Ayudar a identificar la maraña de complicaciones que dificultan el avance de nuestra investigación y enseñar cómo manejarlos dentro de ella es todo lo que se puede ofrecer honestamente, desde la filosofía del derecho, al joven investigador al que se dirige este libro.

CAPÍTULO I

UNA DISCIPLINA «LIGERAMENTE DESENFOCADA»

1. El «gran giro» de la filosofía del derecho

Si usted está iniciándose en la investigación en filosofía del derecho, hay un aspecto un tanto desconcertante de nuestra disciplina en el que probablemente ya habrá reparado, o no tardará mucho en reparar: pese a que la moderna filosofía del derecho fue la sucesora de la secular disciplina del derecho natural, hoy en día son muy pocos los filósofos del derecho que reclaman para sí la herencia de la tradición iusnaturalista.

No deja de resultar sorprendente que una parte sustancial de los filósofos del derecho contemporáneos se muestre reacia a aceptar el legado histórico de una disciplina de tan rancio abolengo; un legado que solo podrían disputar algunas pocas disciplinas también privilegiadas por la historia —como el derecho civil o el derecho canónico— y con el que la mayor parte de las actuales disciplinas jurídicas, recién llegadas al ámbito de los estudios jurídicos, no pueden ni remotamente rivalizar.

Queda por completo fuera del objeto de este libro examinar en profundidad las causas y consecuencias de esta desafección, pero no está de más comenzar a abordar el aquí y ahora de la investigación iusfilosófica evocando su telón de fondo mediante unas breves pinceladas históricas. Por supuesto, en el punto de fuga de ese telón de fondo se encuentra el fenómeno codificador. La codificación a lo largo del siglo XIX de los derechos de tradición continental (*civil law*) llevó a la extinción de la última de las grandes tradiciones iusnaturalistas imperante a lo largo del siglo XVIII: el «iusnaturalismo racionalista». El anhelo iusnaturalista de un derecho ideal racional logra por fin su materialización en el derecho codificado. Lo que antes era una construcción ideal concebida para lidiar con una vasta amalgama de costumbres, tradiciones y disposiciones provenientes de muy diversas fuentes toma cuerpo ahora en el derecho positivo. Con este trasfondo histórico, el iusnaturalismo pierde su razón de ser: el derecho positivo se considera tan perfectamente justificado por sí mismo que alegar razones que lo justifiquen se torna innecesario. Todas las energías se concentran ahora en la conservación del nuevo derecho dotado de racionalidad interna. «Con esa transformación por realización del derecho natural revolucionario en Derecho positivo liberal, el “ideal” se hace perfectamente inútil y desaparece dejando un “hueco” valorativo que es característico del positivismo» (Díaz, 1975, pp. 288-289)¹.

Pero no es la codificación la única causa que explica la desafección de la moderna filosofía del derecho respecto de la tradición iusnaturalista. A este desapego va a contribuir decisivamente el advenimiento de un nuevo paradigma en el ámbito de la ciencia del derecho, cuyo dominio va a ir imponiéndose en paralelo al movimiento codificador: el positivismo jurídico.

Como es sabido, el positivismo jurídico pretendía ser la plasmación del «positivismo científico» o «filosófico», en el ámbito del derecho. Esta última es una corriente de pensamiento relativo al conocimiento científico con un ámbito mucho más general, ya que engloba campos del saber diversos como las ciencias naturales, o las ciencias sociales o humanas. Recordemos que, para empezar, el «positivismo

¹ Díaz, a su vez, remite a González Vicén (1969, p. 29).

científico» o «filosófico» rechaza que los valores puedan ser objeto de tratamiento racional. El positivismo científico se limita al estudio de los «fenómenos»; de los hechos que acontecen. Además, y como no podía ser de otra manera, estos «fenómenos» o hechos «positivos» son conocidos por medio de la observación y la experiencia. El «método científico», propio de las ciencias naturales, sería el único método de conocimiento válido acerca de hechos y es el método al que las ciencias sociales o humanas pueden y deben aproximarse.

¿Cómo se traduce el positivismo científico en el ámbito del derecho? ¿En qué va a consistir el paradigma conocido como positivismo jurídico? Paradójicamente, este paradigma tendió hacia un tipo de formalismo que, como es sabido, se alejaba mucho del genuino espíritu empirista del positivismo científico²: en el centro del objeto de estudio se sitúan las normas, en tanto que enunciados formalmente válidos, y la estructura formal de los sistemas normativos. Respecto del método de estudio, se propugna la lógica, los métodos de interpretación lingüística y el análisis conceptual. En suma, el positivismo jurídico termina adoptando un modelo más próximo al de las ciencias formales (como la lógica) que al de las empíricas o materiales.

Si hay algún autor que exprese la culminación de este cambio de paradigma en la filosofía del derecho, este es, sin duda, Kelsen. Como es sabido, la teoría pura del derecho representa, para Kelsen (2006), el único modelo que responde a las exigencias del positivismo jurídico. Y el rasgo fundamental que evidencia la «pureza» de dicha teoría es su marcado relativismo ético.

La teoría pura del Derecho es simplemente la «teoría del positivismo jurídico»; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el relativismo. Es decir, que cuando se plantea la cuestión del valor de un Derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta solo puede ser que es relativo, es decir, que solo es justo presuponiendo un determinado valor supremo y que, por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente. La aceptación de un valor supremo se apoya siempre en un juicio de valor subjetivo emocional. (pp. 33-34)

Más allá de la elaboración de los conceptos más básicos del derecho y del análisis de su estructura, nada tiene que decir la teoría pura del derecho. Y es que tampoco desde el discurso científico hay nada que decir:

Cuando la ciencia del Derecho —prosigue Kelsen— no se limita a conocer su objeto en la realidad, es decir, a concebirlo conceptualmente, a analizar su estructura, y a explicar las vinculaciones existentes, sino aspira como ciencia a configurar; según una valoración cualquiera, el objeto propuesto a su conocimiento, se presenta lo que solo es expresión de intereses subjetivos disfrazado con la autoridad de la ciencia, es decir, equipado con la autoridad del conocimiento objetivo. La ciencia es entonces una mera ideología; de esta manera se transforma en instrumento de la política. (2006, p. 37)

Si las cuestiones valorativas están excluidas de la teoría pura del derecho, ¿qué sucede entonces con la llamada «elaboración racional del derecho»? ¿es la búsqueda por parte de la doctrina jurídica del derecho implícito un mito más que hay que desterrar? La respuesta kelseniana es también aquí claramente inequívoca: no hay espacio en la teoría del derecho para la elaboración racional del derecho. Kelsen (2006) nos conmina a tener presente lo siguiente:

2 Naturalmente, se ha dejado fuera de la etiqueta «positivismo jurídico» al realismo jurídico. Es frecuente hablar de tres grandes tradiciones de pensamiento jurídico: iusnaturalismo, positivismo jurídico y realismo jurídico. Pero también se ha hablado a veces de dos tipos de positivismo jurídico: un positivismo jurídico formalista y un positivismo jurídico realista. Sea como fuere, como es obvio, el realismo jurídico no participaría de la orientación metodológica a la que se está haciendo referencia. El realismo jurídico plantearía un método que, aunque no está exento de graves problemas, resulta más próximo al propugnado por el positivismo filosófico.

[...] la ciencia del Derecho no puede ser fuente del Derecho, que la deducción de normas jurídicas de los conceptos jurídicos es mero derecho natural y que de un conocimiento del Derecho positivo que se mantenga dentro de sus límites *no se puede obtener ni un ápice de nuevo Derecho* [énfasis añadido]. (p. 52)

Así pues, ya desde los orígenes del actual modelo de filosofía del derecho positivista se impone una preocupación por la preservación de la «pureza» del método científico, combinada con un marcado escepticismo en materia moral. Esta preocupación por la pureza del método y este escepticismo fueron permeando progresivamente el pensamiento de los filósofos del derecho, hasta convertirse en las enseñanzas del positivismo jurídico del siglo XX.

2. Una disciplina sometida a una «estricta dieta metodológica»

Todavía hoy, en el siglo XXI, esta preocupación metodológica ha dejado su poso y acompaña, en grados y combinaciones diferentes, a buena parte de la filosofía del derecho que hoy se cultiva. Las actuales escisiones entre positivismo y postpositivismo, positivismo excluyente y positivismo incluyente, o constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista traen en buena medida su causa en esta prevención metodológica³.

La contrapartida a pagar por observar una dieta metodológica tan estricta —aunque a nadie se le escapa— no siempre es debidamente valorada. Provistos de un equipaje tan escaso, nuestro viaje de exploración no nos llevará muy lejos, solo recorreremos los paisajes en los que reina la luz y la claridad, y tan pronto como la primera sombra se cierna sobre los mismos nos detendremos y daremos marcha atrás. Para evitar asumir el riesgo de contaminar nuestras investigaciones con especulaciones inaccesibles a un discurso racional de «estricta observancia», excluirémos del ámbito de reflexión una serie de cuestiones de importancia capital como el papel que juegan los juicios de valor en las deliberaciones prácticas de los órganos de aplicación del derecho⁴; las tensiones que se producen en el seno del derecho entre su dimensión autoritativa y su dimensión valorativa, o los conflictos entre su dimensión institucional y su dimensión sustantiva. Ahora bien, ¿se puede obtener una correcta comprensión del derecho ignorando estas cuestiones cruciales?

Naturalmente, se trata de una pregunta meramente retórica. A lo largo de las páginas de este documento voy a ir especificando las áreas temáticas radicadas en el área de penumbra de aquello a lo que llamamos derecho, en las que creo que es imprescindible que la investigación en filosofía del derecho avance, a la par que trataré de ir concretando los retos metodológicos que ello supone. Por ahora, lo que quiero evidenciar es que estas carencias en el ámbito de la investigación iusfilosófica no son producto del azar o la casualidad, sino, en buena medida, de una estrategia que, aunque no siempre haya sido explícita, es deliberada. En una parte significativa de la filosofía positivista del derecho se ha impuesto lo que podríamos llamar una «estrategia tipo avestruz»: se esconde la cabeza bajo el ala, practicando un drástico recorte en el objeto de estudio y prestando oídos sordos a toda aquella parte de la realidad jurídica de la que no es posible dar cuenta mediante las exiguas herramientas de análisis racional de que se dispone⁵.

3 De todo ello se ocupará el siguiente capítulo.

4 Claramente, este sería el caso de Kelsen y de algunos autores contemporáneos que han contribuido de manera muy relevante al desarrollo y perfeccionamiento de la actual teoría del derecho, como Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Ricardo Guibourg, etc.

5 La otra causa de esta desatención de la filosofía del derecho hacia estos contextos argumentativos se halla relativamente desligada de la anterior; aunque puede darse en combinación con ella: se trata de la asunción de una tesis marcadamente autoritativa respecto de la naturaleza del derecho. De acuerdo con este planteamiento, los mandatos de la autoridad configuran, para sus destinatarios, razones autoritativas para realizar aquello a lo que les obligan. Por consiguiente, se sostiene que este rasgo del derecho se diluiría si habilitáramos a los órganos encargados de su aplicación a tomar en cuenta

3. Los déficits de la investigación iusfilosófica

La consecuencia de todo ello no se ha hecho esperar: La estrategia «negacionista» nos ha arrastrado a un claro déficit en la investigación iusfilosófica. Se trata de un déficit que no solo tiene un alcance teórico sino también práctico, en el que me parece conveniente que repare el joven investigador:

3.1. Un déficit teórico.

Se acusa, para empezar, un déficit teórico. No obtendremos una correcta comprensión de la naturaleza del derecho si dejamos en la sombra toda aquella parte de la realidad jurídica que, por su enorme complejidad, no puede ser abordada desde un planteamiento metodológico sometido a la «estricta dieta» a la que acabo de referirme. Nuestra visión del derecho se empobrecerá si insistimos una y otra vez en su dimensión autoritativa o directiva y seguimos ignorando, como señalaba hace un momento, entre otros problemas relevantes las tensiones que se producen en el seno del derecho entre su dimensión directiva y su dimensión valorativa, o los conflictos entre su dimensión institucional y su dimensión sustantiva. Percibir adecuadamente toda esta complejidad nos exige dejar de ver el derecho exclusivamente como un conjunto de normas autoritativas y desplazar nuestra atención a los problemas que se plantean a los jueces y tribunales en el momento de aplicarlo. La naturaleza compleja del derecho solo se nos revelará si, siguiendo la sugerencia de Dworkin (1995), tomamos como punto de partida de nuestra indagación la imagen que los operadores jurídicos tienen del mismo en el momento de afrontar los casos difíciles, es decir, aquellos que no se resuelven mediante la mera subsunción en una norma autoritativa.

Naturalmente, cuando doy cuenta de un objeto que es enmarañado y problemático debo tener sumo cuidado de que mi descripción del objeto no resulte también enmarañada o problemática. Pero una cosa es adoptar esta cautela, y otra bien distinta es tratar de conjurar este peligro prescindiendo de la complejidad del objeto del que pretendemos dar cuenta. Nuestra labor no es amputarle las múltiples cabezas a la hidra, sino sacarla del terreno oscuro en el que habita, atrayéndola hacia la luz para poder dar cuenta de toda su complejidad.

3.2. Un déficit práctico.

Por otro lado, como acabo de indicar, el déficit en la investigación iusfilosófica resulta ser también un déficit práctico, ya que la filosofía del derecho ha dejado a los juristas huérfanos de herramientas conceptuales y teóricas con las que hacer frente a los retos que les plantea su labor. Y deja huérfanos a los juristas justo en el momento en que debería haberse producido una «nueva edad de oro» de la filosofía del derecho. Si la codificación supuso el abandono del iusnaturalismo y su reemplazo por el paradigma positivista, todo apunta a que las profundas transformaciones que en el panorama jurídico se vienen produciendo desde mediados del siglo pasado debieran haber traído consigo un nuevo cambio de paradigma en el nivel iusfilosófico. Hemos sido testigos de la irrupción en el derecho de fenómenos nuevos, como el constitucionalismo moderno, con su exigencia de que los derechos fundamentales sean «tomados en serio» por los órganos de aplicación y creación del derecho; la remisión por parte de los derechos nacionales a los derechos humanos a la hora de interpretar los límites insoslayables del derecho estatal; la pujante influencia de las prácticas interpretativas de los tribunales y cortes de justicia internacionales en materia de derechos fundamentales de cara a la conformación de las prácticas jurídicas «locales» de los tribunales nacionales, etc. Todos estos acontecimientos revelan nuevamente la insuficiencia del modelo positivista de las reglas autoritativas, a la par que hacen tambalear a algún otro de los presupuestos más asentados del positivismo jurídico. La necesidad que tiene la filosofía

consideraciones basadas en juicios de valor a la hora de resolver los casos que ante ellos se plantean. Este es claramente el punto de vista asumido por Joseph Raz, quien, paradójicamente, dista mucho de ser un escéptico en materia moral, pero que, pese a ello, considera que la argumentación en torno a los valores debe quedar al margen del discurso jurídico.

del derecho de reinventarse a sí misma para ser capaz de facilitar la digestión a los juristas de tamañas novedades se revela como acuciante.

Y es que este déficit práctico en la investigación iusfilosófica al que me estoy refiriendo repercute tanto en los quehaceres de los dogmáticos del derecho como en el de los juristas prácticos. Veamos ambas facetas del problema.

3.2.1. La orfandad filosófica de los dogmáticos.

Empecemos por los dogmáticos. No está de más recordar que si queremos abonar el terreno para que germine una buena dogmática, debemos ser capaces de elaborar una teoría de las normas, de las fuentes del derecho, de la interpretación y aplicación de este, y de tantos otros conceptos básicos del derecho que sean útiles para la dogmática; una utilidad que, en buena medida, viene dada por lo que facilite la digestión a los dogmáticos de las recientes transformaciones del panorama jurídico a las que me he referido.

Pero, pese a los notables avances que desde las últimas décadas del siglo pasado se fueron produciendo en la investigación en estas materias, poco o nada de ello ha trascendido a la dogmática jurídica. Y no cabe atribuir toda la responsabilidad de este desencuentro al ensimismamiento de la propia dogmática jurídica. Más allá de lo que son las idiosincrasias de las dogmáticas jurídicas más tradicionales, fuertemente resistentes al cambio y asentadas sobre categorías y clasificaciones inamovibles, también es cierto que durante décadas la investigación iusfilosófica se ha construido como un saber de arcanos, que ha cinkelado celosamente su objeto de estudio para esconder a la vista todas aquellas disonancias que solo podían ser tratadas mediante herramientas de análisis de «dudosa procedencia»; un saber que, en lugar de atraer el interés de los dogmáticos hacia esas recientes transformaciones en el ámbito del derecho y de proveerlos de un instrumental teórico útil para iniciar su tratamiento dogmático, ha preferido mantenerse «profilácticamente» ajeno a dichos cambios.

3.2.2. La orfandad filosófica de los juristas prácticos.

Pero, además, como acabo de apuntar, la filosofía del derecho deviene impotente a la hora de proveer de herramientas de análisis a los jueces, tribunales y demás órganos de aplicación del derecho cuando estos se ven obligados a dejar de ser «los jardineros fieles» de las reglas y a tomar en consideración en la base de sus resoluciones otras razones jurídicas. ¿Qué «otras razones jurídicas» son esas? ¿Si no son normas autoritativas, por qué debemos considerarlas como jurídicas? ¿Es posible construir una tipología de situaciones en las que tal cosa sucede? ¿Cuándo el derecho requiere dejar de lado reglas en principio aplicables? ¿Cómo debe el operador jurídico construir su argumentación cuando tiene que dejar de lado las reglas? La caracterización, tipología, relevancia y uso argumentativo de esas «otras razones jurídicas» debiera haber sido ya un terreno sobradamente abonado por las investigaciones iusfilosóficas.

4. Retos y cuestiones pendientes

Aunque el panorama hasta aquí descrito no resulta muy halagador con respecto al estado actual de nuestra disciplina, no necesariamente compromete, en cambio, su futuro, puesto que hay razones para un «cauteloso» optimismo; existe una demanda real y efectiva de un análisis filosófico que haga emerger toda esa parte del fenómeno jurídico a la que la mayor parte de sus cultivadores no ha prestado atención por su difícil manejo metodológico. El rescate de este pecio constituye un nuevo y atractivo reto para las futuras investigaciones iusfilosóficas. El futuro de nuestra disciplina dependerá de que este reto sea adecuadamente atendido.

La cuestión pendiente, claro está, es cómo proveernos de un método adecuado que nos permita abordar esa «área penumbrosa» del derecho. Ya he adelantado que solo con la lógica, la interpretación lingüística y el análisis conceptual no vamos a completar el viaje; nuestro equipaje metodológico nece-

sitará ser reforzado, pero ¿a qué pruebas de resistencia debemos someterlo?, ¿cómo estar seguros de que cuenta con suficiente solidez?, ¿qué «apertura» metodológica facilitará nuestro reencuentro con una dogmática jurídica «huérfana de iusfilosofía»? ¿qué aspectos del pecio hundido merece la pena que sean reflotados por la investigación iusfilosófica? En los siguientes capítulos voy a tratar de responder a estas cuestiones. En el capítulo segundo, tras exponer los diversos fraccionamientos sufridos por nuestra disciplina que tienen su causa en este problema metodológico, llevaré a cabo una breve reflexión sobre los presupuestos racionales últimos del conocimiento y trataré de concretar una propuesta metodológica que propicie un «reencuentro» de nuestras investigaciones con las dificultades teóricas de los juristas prácticos a la hora de afrontar esa «cara oculta» del fenómeno jurídico a la que vengo refiriéndome. Finalmente, en el capítulo tercero, me ocuparé de la dispersión de los contenidos y de los desafíos actuales de la investigación iusfilosófica.

CAPÍTULO II

UNA DISCIPLINA FRACCIONADA

En el capítulo anterior hemos visto que, aunque el positivismo filosófico defiende el método científico empírico como el único medio racional de conocimiento válido acerca de hechos, el positivismo jurídico va a hacer tabla rasa de esta restricción metodológica y, en la práctica, se servirá básicamente del análisis lógico y conceptual, así como de la interpretación lingüística, en su aproximación al derecho. Recordemos también que el positivismo jurídico kelseniano y postkelseniano excluye de su ámbito de estudio cualquier cuestión valorativa vinculada al derecho, ya que estima que para tales cuestiones no existen criterios de racionalidad aplicables. La exclusión de estos aspectos resulta crucial hasta el punto que puede ayudarnos a esclarecer una larga serie de fracturas que se produjeron en la filosofía del derecho en la segunda mitad del siglo XX y la primera década de este. Se trata de la escisión entre positivismo y postpositivismo; entre positivismo incluyente y positivismo excluyente, o la más moderna entre constitucionalismo garantista (o positivista) y constitucionalismo principalista (o neoconstitucionalismo).

En la primera parte de este capítulo voy trazar un breve recorrido por estas escisiones de la filosofía del derecho. Mi propósito es ofrecer a quienes se inician en la investigación una panorámica general de estos pequeños cismas, a la par que brindarles una breve explicación sobre la causa de los mismos. Veremos cómo todo este fraccionamiento tiene su origen en diferentes formas de afrontar un mismo problema: el problema de la relación conceptual entre el derecho y la moral. La reciente historia de la filosofía del derecho es, en buena medida, la historia de una toma de posición frente a la cuestión de si es posible o no hablar de una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. No voy a desplegar una caracterización pormenorizada de cada una de estas facciones, mi ánimo es más modesto. Trato simplemente de mostrar que, en buena medida, lo que lleva a cada una de estas corrientes a asumir o cuestionar la existencia de una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral es —lisa y llanamente— su correlativa confianza o recelo respecto de la posibilidad de generar un discurso práctico racional. Si la misma idea de racionalidad práctica encierra una autocontradicción, ¿por qué dar cuenta, junto con la dimensión autoritativa del derecho, de una dimensión valorativa del mismo?; el filósofo del derecho que no quiera obviar esta última dimensión podrá dejar constancia de la naturaleza extremadamente ideológica del derecho. Pero, más allá de esta constatación, ¿qué otro tipo de análisis puede proyectarse sobre este aspecto del fenómeno jurídico sin que se contamine toda nuestra investigación? Detrás de mucha de la renuencia a aceptar alguna forma de vinculación conceptual entre el derecho y la moral anida una profunda desconfianza en las posibilidades de generación de un discurso racional respecto de la moral: de lo que no se puede hablar mejor es callarse (Wittgenstein, 2006, sección 7).

En el capítulo anterior señalé también que toda esta «estricta dieta metodológica» a la que el positivismo jurídico somete su aproximación al derecho ocasiona serios déficits teóricos y prácticos. Indiqué que la imagen que desde estos rigurosos postulados se proyecta del derecho resulta en exceso simplificada, quedando los juristas huérfanos de herramientas mediante las cuales abordar su tarea. Pero la objeción de los déficits teóricos y prácticos es una cuestión que merece ser tratada con cautela; el hecho de que nuestra disciplina esté perdiendo una «sustanciosa cuota de mercado» en la investigación

jurídica no es una razón suficiente para abandonar el «credo» metodológico positivista en beneficio de otro más abierto a la racionalidad práctica. Si la misma idea de racionalidad práctica encierra una autocontradicción, que nuestra investigación vaya a satisfacer una demanda real no cambiará un ápice esta situación; es decir, no convertirá en racional una dimensión del derecho sobre la que no es posible generar un discurso racional. Pareciera que al investigador honesto no le queda otra opción que dar por buena la pérdida de esta oportunidad de oro para el gremio y mantenerse fiel a su método.

En la segunda parte de este capítulo me ocuparé de la tradicional objeción metodológica del positivismo jurídico a la racionalidad práctica. Para abordar esta compleja cuestión adoptaré una estrategia algo oblicua: no trataré —al menos de forma directa— de mostrar la viabilidad de la racionalidad práctica, sino que mi pretensión será mucho más modesta. Me plantearé hasta qué punto resulta consistente la defensa positivista del método de análisis lógico y científico con su rechazo a la racionalidad práctica y, para centrar la cuestión, me apoyaré en las reflexiones de Nagel (2001) sobre los presupuestos racionales últimos del pensamiento lógico, científico y ético. Las reflexiones de este autor me ayudarán a mostrar cómo, en último extremo, las tres formas de pensamiento descansan en unos presupuestos cuya racionalidad solo es aprehensible mediante el razonamiento filosófico: la racionalidad filosófica sería el perchero común sobre el que se sustenta tanto el conocimiento lógico como el científico y el ético.

Toda vez que quede evidenciado este relevante aspecto común, elevaré a la consideración del lector la siguiente cuestión: si, al igual que en el conocimiento ético, la última palabra en el pensamiento lógico y científico la tiene el análisis filosófico, ¿hay razones para excluir del ámbito del pensamiento racional al conocimiento ético?, ¿por qué esa oposición frontal del positivismo jurídico a asumir la racionalidad del discurso ético? Naturalmente, las consecuencias que de esta reflexión se siguen para el joven investigador no son en modo alguno irrelevantes, puesto que si la idea de una racionalidad práctica no es descartable *ab initio*, no parece haber razones de peso para que se someta a una severa autorrestricción, excluyendo del objeto de su investigación todas aquellas cuestiones concernientes a la dimensión práctica del derecho.

I. Los sucesivos fraccionamientos de la moderna filosofía del derecho

I.1. La ofensiva postpositivista.

En la segunda mitad del siglo XX, el positivismo jurídico recibió la primera carga de profundidad de lo que fue una intensa y prolongada ofensiva que duró hasta nuestros días y que —como veremos— resultará decisiva de cara al propio devenir de la concepción. Tanto este primer envite como los ulteriores tuvieron un destacado protagonista: el filósofo norteamericano del derecho R. Dworkin que, hasta su reciente muerte en 2013, fue el más conspicuo detractor del positivismo jurídico.

Empecemos por enumerar y caracterizar brevemente las tres tesis que, de acuerdo con Hart (1990), constituirían el núcleo del positivismo jurídico y que son objeto de la crítica de Dworkin:

- (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad.
- (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la validez jurídica de una norma no conlleva de manera necesaria su conformidad con la moral, y la validez moral de una norma no comporta necesariamente su validez jurídica.
- (3) Tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial: el contenido de las normas jurídicamente válidas no determina la calificación normativa de todas las acciones. En estos casos, los jueces tienen discreción a la hora de resolver las controversias.

Como es sabido, cada una de estas tesis ha sido objeto de la crítica de Dworkin:

- (1) Frente a la tesis de las fuentes sociales del derecho, Dworkin ha sostenido que los principios jurídicos únicamente pueden ser identificados mediante interpretación constructiva como miembros del único conjunto de principios que mejor se adapta y mejor justifica la historia institucional completa de un derecho establecido, de un orden jurídico (Hart, 2000, p. 43).
- (2) Frente a la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, Dworkin ha sostenido que el derecho se encuentra necesariamente unido a fundamentos morales; es decir, los enunciados de derechos y obligaciones jurídicas solo pueden tener sentido si hay algún fundamento moral para afirmar su existencia (Hart, 2000, p. 50).
- (3) Ante la tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial, Dworkin ha sostenido que existen principios que son obligatorios para los jueces de manera que los jueces en ocasiones deben reinterpretar las reglas para ajustarlas a estos principios y ha criticado a los positivistas por entender los principios como enunciados que cada juez utiliza para ejercer su discreción (Dworkin, 1977, p. 23).

Obsérvese que esta crítica de Dworkin al positivismo jurídico anticipa ya cuáles van a ser los nuevos temas centrales de investigación en filosofía del derecho. Para empezar, los principios jurídicos van a adquirir carta de naturaleza en nuestra disciplina, hasta ocupar un lugar privilegiado entre los conceptos básicos del derecho. Con ello, cuestiones relativas a cómo identificar los principios, a cómo diferenciarlos del resto de normas jurídicas o a cuál es su función en el derecho, se van a convertir en materia central de investigación. Y, en paralelo a lo anterior, el cuestionamiento de Dworkin de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles va a otorgar a la argumentación jurídica un papel protagonista en nuestra disciplina, puesto que es un método para llegar a la dworkiniana «única respuesta correcta». Pero ni los principios jurídicos ni la argumentación jurídica pueden ser un objeto recomendable para la investigación si la mera idea de racionalidad práctica es un sinsentido. Y esta es una cuestión que todavía se deberá abordar.

1.2. La fractura del positivismo: positivismo excluyente y positivismo incluyente.

Como he señalado al comienzo del epígrafe anterior, la prolongada crítica a la que Dworkin sometió al positivismo jurídico fue mellando paulatinamente en el movimiento, hasta el extremo de producir una consecuencia decisiva en su devenir histórico: la carga de profundidad a la que fue sometido el positivismo jurídico es tan intensa que este reaccionó fracturándose en dos modalidades de positivismo jurídico que hoy en día conocemos como positivismo excluyente y positivismo incluyente⁶.

Volvamos nuevamente a las tres tesis hartianas sobre el positivismo y veamos cómo estas son interpretadas por el positivismo excluyente:

- (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad.
- (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación a la moralidad de determinadas normas no es nunca condición de su validez jurídica.
- (3) Tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial: cuando el derecho apela a la moralidad concede a los jueces discreción para decidir los casos.

6 Lo que sigue se basará en la caracterización de la polémica entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente que lleva a cabo Moreso (2002).

Veamos, a continuación, cómo el positivismo incluyente interpretaría dichas tesis:

- (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad depende de un conjunto de hechos sociales que contingentemente pueden apelar a determinados estándares de moralidad, convirtiéndolos así en jurídicamente válidos.
- (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación a la moralidad de determinadas normas no es necesariamente condición de su validez jurídica. No es condición suficiente y puede no ser necesaria⁷.
- (3) Tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial: algunas veces en las que el derecho apela a la moralidad determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y, en dichos casos, no concede discreción a los jueces.

Comencemos por explorar la plausibilidad del positivismo excluyente. En otro lugar he tratado de mostrar una serie de factores internos al derecho que ponen en tela de juicio las tres tesis del positivismo jurídico excluyente (Ródenas, 2012, p. 91). Dichas tesis serían plausibles si los sistemas jurídicos pudieran operar siempre de manera consistente, atrincherando reglas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes; es decir, si las reglas pudieran aplicarse a todos los casos sin consideración a las razones que les sirven de fundamento. Pero si un sistema jurídico tomara siempre las reglas como completamente opacas respecto a las razones que les sirven de justificación, adolecería de ciertas insuficiencias y estaría en riesgo de cometer excesos. Tales insuficiencias y excesos no son sino la manifestación de las tensiones internas del derecho, causadas por el carácter dual de las razones que incorpora: razones autoritativas (razones basadas en los criterios autoritativos, independientes del contenido, fijadas en su sistema de fuentes) y valores jurídicos (razones dependientes del contenido). Parece claro que, al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no solo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces y demás aplicadores de normas, sino que, por el contrario, viene exigido por este. En concreto, los juicios de valor operarían en el momento de la aplicación del derecho en un doble sentido. Por un lado, haciendo que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos, no serían identificables como derecho, resulten ser; no obstante, aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables.

Vayamos ahora a la respuesta que el positivismo incluyente da al papel que desempeñan las consideraciones valorativas en la identificación del derecho⁸. De acuerdo con esta concepción, la identificación de las normas de un sistema jurídico no se lleva a cabo únicamente mediante criterios independientes del contenido; la determinación del derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir no solo a los criterios autoritativos fijados en su sistema de fuentes, sino también a determinados estándares morales. Ahora bien, ¿a qué clase de estándares morales se refieren los partidarios de esta concepción?, ¿se trata de que el intérprete del derecho incorpore aquellas consideraciones valorativas que, de acuerdo con un razonamiento moral independiente de las convicciones morales dominantes, juzgue como más adecuadas?, o, por el contrario, ¿remite el derecho a algún criterio convencional de racionalidad que impone límites en el proceso deliberativo del intérprete?

La respuesta del positivismo incluyente a esta cuestión podría ser que, efectivamente, el intérprete debe basar la solución de estos casos única y exclusivamente en las pautas a las que, a su juicio, se

7 Como sugieren Atienza y Ruiz Manero (2007), un buen desarrollo de esta tesis podríamos encontrarlo en G. Carrió, quien argumenta que la regla de reconocimiento podía incluir criterios morales, y que con ello no se alteraba la afirmación de que una norma es jurídica, no porque esté de acuerdo con la moral, sino por su conformidad con la regla de reconocimiento (y el que esta última incluya o no criterios morales sería una cuestión contingente).

8 Se ha abordado esta cuestión en Ródenas (2003).

llegaría como resultado de seguir un razonamiento moral autónomo. Así, aunque en principio las decisiones judiciales deben fundarse en el sistema de fuentes, el derecho habilita a los jueces a apartarse de lo prescrito en su propio sistema, toda vez que estimen que deben hacerlo de acuerdo con la moral crítica. Esta forma de entender el positivismo incluyente tropieza con un severo obstáculo: si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen más acorde con la moral crítica, la idea de autoridad del derecho se desvanecería.

Pero creo que todavía es posible defender una forma alternativa de positivismo incluyente que no tropezaría con las dificultades anteriores. De acuerdo con dicha versión, el derecho remitiría a criterios convencionales de racionalidad que señalan límites en el proceso deliberativo del intérprete. Por criterios convencionales de racionalidad no entiendo solo, ni principalmente, las convenciones expresas ejemplificadas en los casos paradigmáticos —lo que no creo que plantee una dificultad insalvable al positivismo—; además, y sobre todo, me refiero a que el derecho puede requerir por parte del intérprete un proceso deliberativo complejo encaminado al esclarecimiento de cuáles son los criterios convencionales implícitos que subyacen a los casos paradigmáticos ejemplificados en las convenciones expresas (Bayón Mohíno, 2002), lo que abriría la puerta de entrada en el derecho a determinados principios morales autónomos. Pero asumir esta posibilidad requiere dotar de cierta plausibilidad a un objetivismo ético mínimo —o condenar a la más absoluta irracionalidad nuestros sistemas jurídicos— y la sombra del relativismo positivista —ya sabemos— es alargada.

1.3. La fractura del constitucionalismo: constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista.

La distinción entre constitucionalismo garantista (o positivista) y constitucionalismo principalista (o neoconstitucionalismo) es particularmente incómoda de trabajar, ya que, según sea quien la maneje, tanto la intensión como la extensión (o campo de aplicación) de los dos conceptos implicados pueden verse alteradas: rasgos que para algunos autores son definitorios de una de estas dos concepciones del constitucionalismo pasan a no serlo para otros autores y, de la misma forma, la clasificación de concepciones en una de estas categorías puede fluctuar según quién la maneje. Posiblemente la causa de esta inestabilidad radica en que la distinción es de reciente cuño y todavía no cuenta con los suficientes vuelos como para definirla de manera concluyente. Soy consciente del riesgo que asumo al introducir una distinción tan escurridiza en este libro, pero estimo imprescindible iniciar en ella al joven investigador; debido a su gran vigencia en el ámbito de los derechos pertenecientes a la tradición continental, así como a la persistencia en su trasfondo de algunos aspectos en común a los que determinan los fraccionamientos que acabamos de estudiar en los dos epígrafes anteriores.

La distinción entre estos dos tipos de constitucionalismo es introducida por Ferrajoli en un artículo titulado «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista» (2011). Trazaré brevemente los mimbres de la misma, tal y como esta es concebida por Ferrajoli, sin aludir —por desbordar ampliamente el objeto de este libro— a la polémica ulterior que esta ha suscitado entre los partidarios de una u otra concepción.

Empecemos con una precisión terminológica, Ferrajoli concibe el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo garantista como dos versiones del «actual constitucionalismo jurídico». De acuerdo con nuestro autor, el referente de este constitucionalismo sería un sistema jurídico y/o una teoría del derecho, ambos ligados a la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo XX que emergió con las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Este constitucionalismo consistiría, por tanto, en algo completamente distinto del «constitucionalismo político moderno» como práctica y como concepción de los poderes públicos, puesto que se dirige a su limitación en garantía de determinados ámbitos de libertad individual. Por tanto, el constitucionalismo jurídico actual —en las dos variantes a las que se refiere Ferrajoli— alude al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucio-

nales, cualquiera sea su concepción filosófica y metodológica, en oposición al «Estado legal» o «Estado legislativo de derecho», privado de constitución o dotado de constitución flexible. En este sentido, el rasgo distintivo del actual constitucionalismo jurídico será la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad (Ferrajoli, 2011, p.17).

Hecha esta precisión, pasemos a la contraposición que Ferrajoli traza entre las dos versiones del constitucionalismo jurídico actual: el constitucionalismo principalista (o argumentativo) y constitucionalismo garantista (o positivista). De acuerdo con este autor, el constitucionalismo principalista se caracterizaría por sostener tres tesis (2011, p. 23):

- (1) Crítica al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre derecho y moral.
- (2) Los derechos fundamentales configuran valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino a la ponderación legislativa y judicial.
- (3) Concibe al derecho como una «práctica social» confinada, sobre todo, a la actividad de los jueces.

Frente a cada una de estas tres tesis, el constitucionalismo garantista defendido por Ferrajoli (2011) sostendría lo siguiente:

- (1) No existe conexión entre el derecho y la moral: el no cognoscitismo ético y la separación entre derecho y moral son el presupuesto del constitucionalismo garantista, así como de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia (p. 32).
- (2) La mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues asumir lo contrario supondría que, en caso de conflicto entre principios, su respeto quedaría librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete (p. 44).
- (3) La idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación genera un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política (p. 50).

Como acabo de señalar, no puedo entrar en la polémica ulterior que esta contraposición ha provocado entre los partidarios de una y otra concepción⁹, pero sí estimo necesario suscitar aquí la cuestión de si el andamiaje teórico positivista y relativista que sustenta la concepción de Ferrajoli es suficiente como para satisfacer el objetivo que él mismo atribuye a la teoría del derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos y hacer que las «promesas» constitucionales se conviertan en realidades.

Al respecto, comparto las reservas expresadas por M. Atienza (2011) cuando señala lo siguiente:

[...] la teoría del Derecho que nos presenta es insuficiente [...] para cumplir del todo con esos objetivos, porque implica una visión excesivamente simple del Derecho. Para la construcción de una teoría adecuada para los Derechos del Estado constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de Ferrajoli, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque Ferrajoli se queda a mitad de camino: da el paso del «paleopositivismo» al «positivismo crítico», pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta. (p. 85)

⁹ Sobre este particular, cfr: el número monográfico de 2011 de la revista *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (34); así como Ferrajoli y Ruiz Manero (2012).

Se diría que en su tránsito del «paleopositivismo» al «positivismo crítico» Ferrajoli no se ha desprendido del suficiente lastre como para cubrir los objetivos que él mismo ha fijado para la teoría del derecho. Para empezar, su adhesión a una concepción normativista del derecho, de acuerdo con la cual el derecho se identifica con las normas establecidas por el legislador y por el constituyente, ignorando que nuestros sistemas jurídicos introducen criterios morales en la identificación y la aplicación del derecho (Moreso, 2011, p. 195). Nuestro derecho es ininteligible sin incorporar, además de su dimensión autoritativa, una pretensión de racionalidad práctica en la resolución de disputas, cuyo análisis y valoración crítica requiere dar cabida en la teoría del derecho a esquemas de razonamiento —como la ponderación (Barberis, 2011, p. 93)—, que desbordan las reconstrucciones de los razonamientos jurídicos en términos meramente subsuntivos (Ródenas, 2011, pp. 272-273).

Pero, sobre todo —y vinculado a lo anterior— el lastre fundamental del que no se desprende Ferrajoli es el del relativismo. Ferrajoli desvincula el razonamiento jurídico de las exigencias de la racionalidad práctica, dejando un hiato insoslayable entre la pretensión de «moralización» de nuestros derechos y su teoría del derecho. Un hiato que solo se puede vencer asumiendo la verisimilitud de un mínimo objetivismo en ética, lo cual es incompatible con las posiciones relativistas o no-cognoscitivistas de Ferrajoli en materia de teoría moral¹⁰.

Nuevamente constatamos que la observación de una dieta metodológica tan estricta lleva a excluir del ámbito de la investigación una serie de cuestiones capitales para el constitucionalismo, como el papel de los juicios de valor en las deliberaciones prácticas de los órganos de aplicación del derecho, la ponderación, o la tensión entre la dimensión autoritativa y la dimensión valorativa del derecho. Como un desecho incómodo, todo ello se esconde bajo la alfombra. La sombra del relativismo positivista es alargada.

2. La objeción metodológica del positivismo jurídico

Acabamos de ver cómo las diferentes tomas de postura respecto de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral han causado el progresivo fraccionamiento de nuestra disciplina. Recordemos también cómo, con carácter general, la toma de postura de cada escisión analizada puede ser explicada en virtud de su confianza o recelo respecto de una cuestión más básica: la viabilidad de la racionalidad práctica. En el capítulo anterior me ocupé de los déficits teóricos y prácticos en la investigación causados por la tradicional desatención del positivismo jurídico respecto de la dimensión práctica o valorativa del derecho. Pero —como he advertido al inicio de este capítulo— que nuestra disciplina esté dejando pasar una «oportunidad de oro» para hacerse con una «cuota importante del mercado» de la investigación jurídica no parece ser una razón —o, cuanto menos, no sería una razón suficiente— para pasar por alto la objeción metodológica del positivismo jurídico contra el análisis racional de la dimensión práctica o valorativa del derecho. Un investigador honesto —se diría— no hace pseudociencia, no se comporta como charlatán de feria o como un vendedor de pócmas milagrosas.

Llegado este momento, es imperativo abordar una cuestión inconclusa desde las primeras páginas de este libro, se trata del problema de la racionalidad práctica. Como he indicado al comienzo del capítulo, mi estrategia para abordar la cuestión va a ser indirecta, no trataré de mostrar —al menos frontalmente— la racionalidad del conocimiento ético, sino que, ayudándome de las reflexiones de Nagel (2001), me preguntaré cuáles son en último extremo los presupuestos sobre los que se asienta tanto el conocimiento lógico, como el científico y el ético, mostrando que la última palabra sobre la racionalidad de estos tres tipos de conocimiento la tiene la reflexión filosófica. Posteriormente someteré a consideración del lector el contraste existente entre la confianza del positivismo jurídico en el conoci-

10 Cfr: Laporta (2011, p. 180); Prieto (2011, p. 233); y, especialmente, Ruiz Miguel (2011, pp. 276-280).

miento lógico y el científico y su radical objeción a abordar, desde parámetros racionales, la pretensión de racionalidad práctica del derecho.

2.1. Una breve reflexión sobre el fundamento último del conocimiento.

Como acabo de indicar, las reflexiones de Nagel (2001) se centran en los fundamentos últimos del conocimiento lógico, el científico y el ético; no obstante, estima que el alcance de su tesis no queda reducido a estos tres tipos de conocimiento, sino que sería extensivo a toda reflexión que se plantee cuáles son los límites últimos del pensamiento, del entendimiento y de la justificación.

2.1.1. Planteamiento general.

La tesis general de Nagel (2001) —de la que no me parece fácil discrepar— es que la última palabra en disputas filosóficas acerca de la objetividad de cualquier forma de pensamiento debe residir en ciertas convicciones no relativizables acerca de cómo son las cosas, se trata de convicciones que perduran, por mucho que intentemos colocarnos fuera de ellas o que pretendamos considerarlas meramente como propensiones psicológicas. Concretando algo más —pero todavía moviéndonos en el plano de la generalidad— el caballo de Troya de este autor serían aquellas actitudes «subjetivistas» que postulan que aun los principios aparentemente más objetivos y universales derivan su validez o autoridad de la perspectiva y la práctica de aquellos que los siguen. Nagel (2001) discrepa de este subjetivismo advirtiendo que nos desplaza al «exterior» del pensamiento, no permitiéndonos llevar a cabo nada más que una especie de psicología o antropología cultural (pp. 11-12).

Frente a este punto de vista, se defiende un «racionalismo» que podríamos caracterizar sintéticamente por la defensa de estas tres tesis interconectadas:

- (a) Ciertos ámbitos del pensamiento terminan en principios objetivos cuya validez es independiente de nuestro punto de vista.
- (b) La razón es algo que cada persona puede encontrar en su «interior», pero al mismo tiempo posee una autoridad universal.
- (c) La razón sería como un tribunal de apelación, tanto contra las opiniones aceptadas y los hábitos de nuestra comunidad como contra las peculiaridades de nuestra perspectiva personal; la razón es una forma de distanciarnos de las opiniones comunes y las prácticas admitidas (Nagel, 2001, pp. 34-35).

La concreción de este racionalismo requiere que nos centremos en cada uno de los tres ámbitos del conocimiento referidos: el pensamiento lógico, el científico y el ético.

2.1.2. El conocimiento lógico.

Nagel (2001) toma como punto de partida de su análisis los pensamientos aritméticos o lógicos sencillos. Tales pensamientos constituyen ejemplos de la razón y son omnipresentes en el pensamiento de todo aquel que, en alguna medida, pueda pensar (p. 67).

El citado autor nos invita a reflexionar sobre la infinitud de los números naturales como ejemplo de paradigma de la forma en que la razón nos permite llegar mucho más allá de nosotros mismos.

La práctica particular, finita, de contar —señala— contendría dentro suyo la implicancia de que la serie no es pasible de ser completada por nosotros: trae, por así decirlo, ya incorporada una inmunidad contra los intentos de reducción [...] Cuando pensamos en la actitud finita de contar, llegamos a comprender que solamente puede ser entendida como parte de algo infinito. (Nagel, 2001, pp. 80-81)

Los pensamientos lógicos simples dominan todos los demás y no son dominados por ningún otro, porque no hay posición intelectual alguna en la que situarnos que nos permita someter a escrutinio esos pensamientos sin presuponerlos. Por esa razón quedarían a cubierto del escepticismo.

Todas las alternativas que podamos soñar, por más extravagantes que sean, deben ajustarse a las simples verdades de la aritmética y de la lógica, de manera que, aun si nos imaginamos a nosotros, o a otros, como siendo diferentes de una manera que nos impidiera reconocer la verdad de esas proposiciones, parte de lo que deberíamos imaginarnos es que seríamos ignorantes, o que estaríamos equivocados, o que seríamos peores. (Nagel, 2001, p. 75)

Por otro lado:

[...] si intento colocarme fuera de mis pensamientos lógicos o aritméticos tratando de considerarlos como meras manifestaciones de mi naturaleza, entonces me quedaré con la biología, la psicología, o la sociología como el nivel último del razonamiento [...] El contenido de mi pensamiento es una proposición lógica que sería verdadera [o falsa] aun si yo no existiera o fuera incapaz de pensar en ella. (Nagel, 2001, pp. 76-77)

En suma, Nagel (2001) muestra que los pensamientos de la lógica y la matemática son autosustentables. Porque aunque los tenemos nosotros, no se refieren a nosotros, no dependen de ningún pensamiento personal (p. 78). La validez universal de la lógica se basa en que no hay «ninguna otra alternativa». Esto no significa que nuestras creencias respecto de la lógica no sean revisables. La aspiración a la validez universal es compatible con la disposición a considerar alternativas y contraargumentos, pero estos deben ser concebidos como candidatos a ser alternativas y argumentos objetivamente válidos (Nagel, 2001, p. 79).

2.1.3. El conocimiento científico.

Si el subjetivismo respecto de la lógica y las matemáticas es directamente autocontradictorio, Nagel (2001) previene de que en otros tipos de razonamiento —como la ciencia o la ética— el subjetivismo solo puede ser refutado mediante la demostración de que compite directamente con afirmaciones internas a ese razonamiento y que, en una confrontación equitativa, resulta derrotado (p. 91). Tanto en la ciencia como en la ética el razonamiento no nos suministra pruebas, sino solo razones para creer que cierta conclusión es probable o para preferirla antes que a sus alternativas (Nagel, 2001, p. 92).

También en estos ámbitos se está pensando que la respuesta no es relativa y subjetiva. En el razonamiento empírico la búsqueda de lo universal es en sí un principio regulativo, ya que se pone a prueba nuestras razones, en parte, haciendo la pregunta de si son aplicaciones de principios generalmente válidos, buscando contraejemplos y utilizando casos reales e imaginarios en el proceso. Se toma a los seres humanos y a sus experiencias como muestras de un mundo que se espera encontrar (Nagel, 2001, pp. 92-93).

Procedemos generando, comparando y ordenando jerárquicamente versiones posibles de cómo es el mundo. Pero partimos de la idea de que el mundo «es» de alguna forma, y esta idea no tiene ninguna alternativa inteligible y no puede estar subordinada o ser deducida de ninguna otra. No podemos renunciar a la idea de que hay algo que es cierto, aun cuando no sepamos qué. Las dudas acerca de la confiabilidad o la objetividad de nuestras percepciones o juicios tienen que basarse en revisiones de nuestra visión del mundo (Nagel, 2001, p. 95).

La fuerza conductora detrás de todo razonamiento empírico es la idea de orden. La demanda de orden puede ser entendida como una consecuencia directa de la idea de una realidad objetiva

independiente de observaciones y observadores particulares. Sus observaciones pueden ser diferentes, pero los eventos observados y las leyes que los gobiernan deben ser las mismas (Nagel, 2001, pp. 96-97).

2.1.4. El conocimiento ético.

En su aproximación al conocimiento ético, Nagel (2001) comienza constatando un paralelismo con el pensamiento científico. Así como al comienzo de la especulación cosmológica y científica no había ninguna garantía de que nosotros, los seres humanos, tuviéramos la capacidad de llegar a la verdad objetiva más allá de los dictámenes de la percepción sensorial y de que, al buscarla, estuviésemos haciendo algo más que entretrejiendo fantasías colectivas; del mismo modo, tampoco puede haber una decisión *a priori* respecto de si estamos o no hablando de un tema real cuando reflexionamos o argumentamos sobre la moral. Solo el esfuerzo de razonar sobre la moral puede mostrarnos si es posible (p. 116).

Este autor parte de una idea que no dista mucho de una de las tesis centrales del objetivismo ético: de la obviedad del subjetivismo en el plano de la ética descriptiva no se deriva, sin más, la inexorabilidad del subjetivismo en el plano de la ética normativa:

[...] la presentación de un cierto número de actitudes histórica y culturalmente condicionadas —incluyendo la nuestra— no desarma el juicio moral de primer nivel [de la ética normativa], sino que simplemente le otorga algo más sobre lo cual trabajar; incluyendo información sobre ciertas influencias en la formación de mis convicciones que podría llevar a cambiarlas. (Nagel, 2001, p. 118)

También en consonancia con el objetivismo ético, Nagel (2001) se apoya en la exigencia de universalidad para mostrar que el plano de la ética normativa no resulta reductible al de la ética descriptiva:

[...] cuando nos enfrentamos con estas variaciones reales en las prácticas y en las convicciones, la exigencia de ponerse en los zapatos de todos al evaluar las instituciones sociales (alguna forma de universalidad) no pierde nada de su fuerza persuasiva solo porque no esté universalmente reconocida. Esta exigencia predomina sobre los datos históricos y antropológicos. (pp. 118-119)

Alguien que abandona o condiciona sus métodos básicos de razonamiento moral solamente sobre la base de fundamentos históricos o antropológicos sería, a juicio de Nagel, casi tan irracional como alguien que abandona una creencia matemática basándose en argumentos no matemáticos. Aun con todas sus incertidumbres y su exposición a la controversia y la distorsión, las consideraciones morales ocupan, de acuerdo con este autor, una posición en el sistema de pensamiento humano que haría ilegítimo subordinarlas completamente a cualquier otra cosa:

[...] afirmaciones morales particulares son constantemente desacreditadas por toda clase de razones, pero las consideraciones morales *per se* continúan surgiendo una y otra vez, desafiando por derecho propio cualquier intento indiscriminado de desplazarlas, debilitarlas, o subjetivizarlas. (Nagel, 2001, p. 119)

Si el plano de la ética normativa no puede ser reducido a la ética descriptiva, la idea de la razón práctica, como el tipo de pensamiento que domina la ética normativa adquiere carta de naturaleza. Nagel (2001) insiste en lo siguiente:

[...] lo normativo no puede ser trascendido por lo descriptivo. La pregunta ¿qué debería hacer yo? puede ser contestada en un sentido normativo que no puede ser trascendido por ningún hecho de otra naturaleza, por ningún deseo, emoción o sentimiento, por ningún hábito, práctica o convención, por ningún trasfondo social cultural o contingente [...] El tipo de pensamiento que genera respuestas a esta pregunta es la razón práctica. (p. 119)

El subjetivismo normativo tendría que mostrar; aduce Nagel (2001), que todos los juicios intencionalmente racionales de la gente son, realmente, expresiones de deseos racionalmente inmotivados o inclinaciones de la persona que realiza el juicio, o sea, deseos o inclinaciones sobre los que la evaluación normativa no tiene aplicación (p. 124).

Esta objeción sería perfectamente oponible también frente a un tipo de subjetivismo muy en boga hoy en día, basado en la idea de la selección natural. De acuerdo con Nagel (2001):

[...] aun si la implantación en nosotros de la racionalidad práctica tuviera un valor en términos de supervivencia y fuera un producto de la selección racional, tendríamos sentido preguntarnos si es una buena idea decidir en base a ella, al igual que con cualquier otro instinto. (pp. 124-125)

La hipótesis de que no existen razones morales incondicionadas —en el sentido que postula este tipo de subjetivismo— solo sería aceptable si desde el punto de vista de la autoobservación imparcial resulta superior a las alternativas, pero, al igual que sucede en el ámbito de la ciencia o la lógica, el autor estima que no aprobaría tal test (Nagel, 2001, pp. 124-125).

Nagel (2001) concluye su reflexión sobre el pensamiento ético señalando un paralelismo con el conocimiento científico y lógico. Al igual que sucede en estos ámbitos, no podemos aspirar a una prueba decisiva de que estamos planteando preguntas objetivas y buscando respuestas objetivas, la posibilidad de que estemos engañándonos es genuina. No obstante, considera que la plausibilidad de razonamiento ético debe ser sopesada con la credibilidad de una reducción psicológica externa de dicha actividad. Los argumentos específicos acerca de qué deberíamos hacer y sus fundamentos tienen que competir frente a frente con el argumento de que en el nivel más objetivo, la pregunta acerca de qué deberíamos hacer se convierte en un sinsentido. La plausibilidad del razonamiento ético tiene que ser sopesada con la plausibilidad de la explicación refutatoria (pp. 127-128).

Aunque —a diferencia de lo que sucede en el razonamiento lógico— nuestro autor admite que la hipótesis de que la razón práctica no existe no es autocontradictoria. Concluye su análisis señalando que si realmente aceptásemos dicha hipótesis, tendríamos que abandonar la práctica de la evaluación racional, consideradas todas las cosas como una ilusión, y limitar el uso práctico de la razón a un rol instrumental. La oposición es aquí entre una teoría acerca de cómo son las cosas y una práctica que sería imposible si así fuera cómo son las cosas (Nagel, 2001, p. 129).

2.2. De nuevo sobre la objeción metodológica del positivismo jurídico.

En los apartados precedentes he tratado de condensar los aspectos nucleares de la compleja reflexión de Nagel en torno al fundamento de los presupuestos últimos del conocimiento. Pero ¿qué tiene que ver esta reflexión con la objeción metodológica del positivismo jurídico?

Recordemos que, de acuerdo con esta objeción, las cuestiones axiológicas o valorativas quedan excluidas del ámbito del conocimiento jurídico, al no ser materia susceptible de un tratamiento racional: el pensamiento ético se desenvuelve al margen de la razón, por lo que la idea de racionalidad práctica encerraría una contradicción en los términos. En esta objeción metodológica vemos una huella de lo que Nagel llama «actitudes subjetivistas». Se trata de un subjetivismo moderado, que no afectaría a todos los ámbitos del pensamiento, sino solo a uno de ellos: el conocimiento ético. El conocimiento lógico y el científico quedarían, por lo tanto, a salvo de este subjetivismo. Ya hemos visto que, aunque el positivismo postulaba con carácter general como único método racional de conocimiento el método empírico, es sobre todo el análisis lógico, lingüístico y conceptual el método aplicado por el positivismo jurídico al conocimiento del derecho. Por ello este último no solo asume la racionalidad del pensamiento científico, sino también la del lógico.

Este subjetivismo o escepticismo moderado aligera en buena medida mi estrategia argumentativa contra la objeción metodológica. Cuando Nagel reflexiona sobre los límites últimos del conocimiento

toma como oponente el «subjetivismo generalizado» como una forma de escepticismo mucho más radical. El subjetivismo generalizado, se preguntaría «¿cómo es posible que criaturas como nosotros, dotadas de las capacidades contingentes de una especie biológica cuya misma existencia parece ser algo radicalmente accidental puedan acceder a métodos universalmente válidos de conocimiento objetivo?» (Nagel, 2001, p. 16).

Pero el positivismo jurídico no postula un subjetivismo generalizado, más bien defiende expresamente la racionalidad científica y asume la lógica. Acabamos de ver que tales formas de conocimiento se asientan también sobre una serie de presupuestos, axiomas o postulados, que son condiciones de racionalidad del propio conocimiento. Tales presupuestos son científicamente indemostrables, aunque filosóficamente sustentables. Recordemos que el conocimiento lógico precisa presuponer que las verdades lógicas son preexistentes e independientes de los seres humanos. Estas verdades son descubiertas por los seres humanos, pero no son creadas por ellos. Los seres humanos podemos conocer las verdades de la lógica, pero —por esotérico que ello pueda parecer— aunque jamás hubiese existido un solo ser humano sobre el planeta, tales verdades seguirían existiendo. Por otro lado, sabemos también que el conocimiento científico, aunque no se basa en verdades autoevidentes, precisa presuponer la existencia de una realidad externa al pensamiento humano, así como el hecho de que existe un orden en los eventos observados: no podemos demostrar científicamente ni la existencia de una realidad externa, ni la idea de que haya un orden en ella, solo podemos mostrar científicamente el comportamiento de una realidad cuya existencia y orden suponemos.

En suma, tanto el conocimiento lógico como el científico se asientan sobre diferentes presupuestos que hacen posible el pensamiento en cada uno de estos ámbitos. Tales presupuestos no son el resultado de cada una de estas formas de conocimiento, sino las condiciones de racionalidad del propio conocimiento, puesto que van más allá de su respectiva forma de conocimiento; son previos a la forma de conocimiento y son científicamente indemostrables, aunque sí son pasibles de ser defendidos filosóficamente —por ejemplo, en los términos que Nagel lo hace—.

Pero, como acabamos de ver, esto no es algo muy distinto de lo que sucede con el pensamiento ético. También la racionalidad última del pensamiento ético se sustenta —no podía ser de otra forma— en el análisis filosófico. En concreto, sabemos que, aunque el pensamiento ético —al igual que el científico— no se basa en ideas autoevidentes, la hipótesis de que la idea de universalidad excluye la reducción del plano de la ética descriptiva al de la ética normativa parece más plausible que la de convertir en ininteligibles nuestras convicciones morales básicas.

Debido a que queda evidenciado que, al igual que sucede con el conocimiento ético, también en el pensamiento lógico y científico la última palabra la tiene el análisis filosófico, deseo elevar a la consideración del lector la siguiente cuestión: ¿Por qué excluir al pensamiento ético del ámbito del pensamiento racional?; dicho en otros términos, ¿por qué no extender al pensamiento ético el mismo beneficio de la duda que otorga al conocimiento lógico y al científico? Porque, si hay buenas razones para hacer extensivo este beneficio de la duda, ya no parece que el joven investigador deba reputar como acientífico y rechazar del objeto de su investigación el análisis racional de una serie de cuestiones vinculadas a la dimensión práctica del derecho.

Naturalmente, nada de lo que aquí he sostenido constituye una prueba irrefutable de la viabilidad del pensamiento ético. Mi argumentación se ha basado en sostener que, cuando nos preguntamos por el problema de los presupuestos últimos del conocimiento, existe una significativa relación de semejanza entre el pensamiento lógico, el científico y el ético. Aunque las cosas que debemos de presuponer en cada uno de estos ámbitos del conocimiento son diferentes, la reflexión sobre el qué y el por qué debemos suponer ciertas cosas es siempre una reflexión filosófica. La solidez o endeblez de los fundamentos últimos de cada una de estas ramas del conocimiento, por lo tanto, es aproximadamente la misma, puesto que el análisis filosófico es el perchero del que, en último extremo, pende toda forma de

conocimiento, y quien asume que ese percherero solo es sólido en el ámbito de la lógica y de la ciencia, pero no puede serlo en el de la ética, debe correr con la carga de la prueba.

Mi propuesta para el joven investigador al que se dirige este libro es que, al igual que el científico o el lógico se ocupan de sus respectivas áreas de conocimiento, sin que se les objete que antes deben aportar una prueba irrefutable de la racionalidad de los presupuestos últimos de sus respectivos ámbitos de conocimiento, el filósofo del derecho puede avanzar propuestas de reconstrucción de nuestras prácticas jurídicas, sin necesidad de demostrar primero concluyentemente la racionalidad del pensamiento práctico. La consecuencia importante que se desprende de toda esta reflexión es que —en contra de lo que comúnmente ha supuesto el positivismo jurídico— no hay obstáculos metodológicos de peso para excluir la dimensión práctica del derecho del ámbito de estudio de la filosofía del derecho, lo que no supone que ignoremos los problemas de fundamentación que se nos plantean respecto de los presupuestos últimos de esta y las otras formas de conocimiento. Ahora bien, una cosa es que seamos conscientes de las dificultades a las que nos enfrentamos y otra bien distinta es permitir que la objeción metodológica obstaculice nuestro avance en la reconstrucción de nuestras prácticas jurídicas.

CAPÍTULO III

UNA DISCIPLINA DISPERSA: CONTENIDOS Y DESAFÍOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XXI

1. La superación de la geografía tradicional

Es tradicional clasificar los estudios de nuestra disciplina de acuerdo con las tres grandes categorías en las que Bobbio dividía la filosofía del derecho: teoría del derecho (que se ocupa de responder a la pregunta ¿qué y cómo es el derecho?), teoría de la justicia (que trata de la cuestión de cómo debe ser el derecho desde el punto de vista del ideal de justicia) y teoría de la ciencia jurídica (que se centra en el análisis de las condiciones del conocimiento jurídico) (Bobbio, 1980, p. 98).

Es necesario advertir que, en los últimos tiempos, los contenidos de nuestra disciplina vienen sufriendo una notable dispersión¹¹. Un simple vistazo a las temáticas de los artículos publicados en revistas de filosofía del derecho o a los congresos en la materia basta para suscitar serias dudas sobre la identidad de nuestra disciplina. Solo por citar algunos ejemplos, encontramos temas tan dispares como bioética, derecho y literatura, derecho y emociones, y así un largo etcétera. Pareciera que una fuerza centrífuga estuviera impulsando los contenidos de nuestra disciplina fuera del núcleo central de las preguntas tradicionales en filosofía del derecho hacia temas más periféricos o externos (Gascón, 2015, p. 2).

¿Qué sucede entonces con los contenidos de nuestra disciplina? ¿Se ha convertido la filosofía del derecho en un «cajón de sastre» en el que acomodar todos aquellos estudios que no tienen fácil encaje en otros saberes jurídicos? Quizá —con la salvaguarda de la preservación de un cierto núcleo al que luego me referiré— haya buenas razones para dar por buena la dispersión de los contenidos de nuestra disciplina, e incluso hasta para saludarla como un señal de vitalidad, se trata de una necesaria actitud de «apertura filosófica» en el tratamiento de los temas pero hay un mínimo común denominador del que ningún estudio en la materia puede prescindir. Como señala Gascón (2015), «seguramente lo importante, aquello en lo que debemos poner el foco, no son las temáticas sino los enfoques, las preguntas y análisis que hacemos» (p. 3). La pregunta entonces es «¿qué puede aportar la filosofía del Derecho al estudio de esas temáticas? ¿Es relevante o útil la filosofía del Derecho?» (Gascón, 2015, p. 3).

Para responder a esta cuestión, Gascón (2015) propone formular preguntas más básicas, pero vinculadas a las anteriores: ¿Qué es la filosofía? ¿Qué es lo que puede aportar en un mundo de conocimiento cada vez más ocupado por la ciencia? Responde señalando que «clásicamente la filosofía ha pretendido ser una concepción global, frente a la ciencia, que se iba abriendo paso en espacios de conocimiento particulares y circunscritos. Sin embargo —nos advierte—, las cosas han cambiado. Y ha cambiado de modo espectacular» (p. 3). Como el propio Bobbio señala:

[...] nos encontramos ante una situación histórica en la que la ciencia ocupa espacios cada vez más amplios que antes eran ocupados por la filosofía, y el espacio de la filosofía es cada vez más pequeño. En estas circunstancias la filosofía no puede aspirar a ser un saber global, porque así no sobrevivirá. Pero entonces ¿cuál es el espacio de la filosofía; ¿qué es lo que le queda? Le queda —dice Bobbio— la

11 Sobre el problema de la dispersión, cfr. García Amado (2010, pp. 523-538); así como Gascón (2015), que en adelante citaré por el ejemplar original policopiado.

duda, el espíritu crítico, el no aceptar las verdades como dogmas sino tratar de revisarlas, analizarlas, redescubrir las, reformularlas. (citado en Gascón, 2015, p. 3)

En paralelo a esta pérdida de función de la filosofía en nuestros tiempos, Gascón (2015) señala que «seguramente el deslinde de la iusfilosofía frente al resto de discursos jurídicos haya que buscarlo también en las preguntas que formula, en esa actitud crítica ante los problemas jurídicos. En definitiva, en el tipo de análisis y no en las temáticas concretas» (p. 3).

Pero ante todo este panorama tan disperso que dibuja nuestra disciplina, ¿tiene realmente sentido seguir hablando de «nuestra disciplina»? ¿subyace a la filosofía del derecho un núcleo mínimamente denso como para poder seguir atribuyéndole una identidad común, pese al carácter tan heterogéneo de sus contenidos? El riesgo de disgregación es innegable. Se ha dicho —y con todo el sentido— que el único antídoto contra la dispersión consiste en situar el núcleo de gravedad de la disciplina en la teoría del derecho. No se trata, naturalmente, de focalizar todas nuestras investigaciones hacia la teoría del derecho, pero sí de procurar que esta sea un presupuesto indispensable de todo trabajo de investigación en filosofía del derecho.

La cuestión es qué clase de teoría del derecho puede desempeñar la función de aglutinar la disciplina. Qué duda cabe de que los mimbres del andamiaje deben ser los de los modelos clásicos de teoría del derecho, como los de Kelsen, Hart, Ross o Alchourrón y Bulygin. Pero con esto no es suficiente, la teoría del derecho que aglutine nuestra disciplina debe también ser capaz de superar los importantes déficits teóricos y prácticos de los que me he ocupado en el capítulo primero. Se trataría, en suma, de una teoría del derecho levantada sobre hombros de gigantes, pero reorientada a satisfacer las necesidades teóricas de los juristas prácticos (Ruiz Manero, 2014).

En el último apartado de este libro voy a tratar de exponer lo que me parece que tendrían que ser los lineamientos básicos de esa teoría del derecho, a la que podemos llamar «teoría argumentativa del derecho».

2. Principios para una teoría argumentativa del derecho

El título del epígrafe con el que termino este libro «Principios para una teoría argumentativa del derecho» contiene al menos un término que puede resultar ambiguo, se trata del término «principios». Por «principios» podemos entender los propósitos o fines que orientan una teoría argumentativa del derecho, pero también un determinado tipo de enunciado jurídico que juega un papel crucial en la argumentación jurídica. Esta ambigüedad del título es deliberada. Por un lado me voy a ocupar de cuáles son —a mi juicio— los fines o propósitos que deben orientar una teoría argumentativa del derecho capaz de aglutinar el núcleo de nuestra disciplina, pero, por otro lado, se me hará imprescindible referirme —aunque sea soslayadamente— a ese tipo concreto de enunciado jurídico al que llamamos principios.

Vayamos por partes. Hablar de los fines o propósitos de una teoría argumentativa del derecho requiere que volvamos brevemente a los orígenes históricos del positivismo jurídico como el gran paradigma dominante de la cultura jurídica occidental. Como hemos visto en el capítulo primero, el positivismo jurídico inició su andadura en nuestra cultura jurídica de la mano de la codificación, que constituyó la gran revolución ilustrada en el ámbito del derecho. Codificación y positivismo jurídico vinieron de consuno, un nuevo derecho y un nuevo paradigma de pensamiento jurídico. Y no fue un capricho histórico, la codificación firmó el acta de defunción del que por muchos siglos había sido el gran paradigma del pensamiento jurídico —el iusnaturalismo— y propició su reemplazo por el nuevo paradigma: el positivismo jurídico.

En el caos normativo reinante con anterioridad a la codificación, el iusnaturalismo se desenvolvía como pez en el agua. Con la codificación, se trató de introducir un orden en todo ese confuso material. Durante la Edad Media, dicho orden estuvo inspirado en la doctrina escolástica, pero con la ilustración se transformará en un orden racional ajustado a «la legislación universal de la voluntad», un orden a la

medida de la razón humana. Entonces, cuando el derecho se codificó, el iusnaturalismo perdió su razón de ser, porque el orden racional se encuentra ya en el código, ya no hay que introducirlo desde fuera. Fue precisamente entonces cuando surgió el positivismo jurídico. Ese paradigma que estuvo vigente en la cultura jurídica occidental desde la codificación hasta prácticamente nuestros días. Un positivismo que se ha caracterizado por sostener el férreo aislamiento entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general. Para el positivismo jurídico, el derecho consiste en un conjunto de reglas identificables por su procedencia de las fuentes del derecho. En consonancia, el modelo de razonamiento jurídico es subsuntivo. Todo lo que no sea la subsunción de unos hechos particulares en el supuesto de hecho de una norma general es sospechoso de ser creación de derecho y, por lo tanto, de constituir una usurpación de las funciones del legislador.

El modelo positivista de las ciencias jurídicas presentaba debilidades desde su nacimiento. Existe un sinnúmero de ejemplos de cómo ya desde la codificación, legisladores, juristas prácticos y dogmáticos se vieron en la necesidad de traicionar las rigurosas exigencias del modelo ideal de ciencia positivista para evitar una aplicación irracional del derecho¹². El recurso a la interpretación extensiva y a la interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia de los tribunales constituye un claro ejemplo de ello¹³.

Como hemos visto, esta desconexión entre el modelo ideal positivista de ciencia del derecho y las necesidades prácticas que tienen los juristas no hace más que agravarse con el constitucionalismo moderno. Los principios contenidos en los textos constitucionales son exigencias que los órganos de aplicación del derecho deben tener en cuenta en la resolución de las disputas que se les plantean. Las sucesivas andanadas críticas que Dworkin dirigió al positivismo hartiano a lo largo del último lustro pusieron de manifiesto el importante papel de los principios en la resolución de los casos difíciles, así como la necesidad de que el razonamiento justificatorio se abra al razonamiento práctico a la hora de escoger entre teorías en pugna para la resolución de casos difíciles. La teoría interpretativa del derecho de Dworkin no hace sino sentar las bases de un nuevo paradigma de ciencia jurídica alternativo al del positivismo jurídico. Sobre la teoría interpretativa del derecho se asientan las llamadas teorías postpositivistas del derecho¹⁴, así como una buena parte de las teorías modernas de la argumentación jurídica¹⁵.

La propuesta de teoría argumentativa del derecho cuyos principios elevo a consideración del lector tomaría como base el postpositivismo dworkiniano y el enfoque argumentativo del derecho. Las dos ideas fundamentales del postpositivismo dworkiniano que la inspirarían serían, en primer lugar, la tesis de que la elucubración sobre el concepto de derecho solo es fecunda si se lleva a cabo desde la perspectiva del «caso concreto» y, en segundo lugar, la tesis de la vinculación entre el razonamiento práctico y el razonamiento jurídico.

Una teoría argumentativa del derecho sigue siendo una teoría del derecho. Por lo tanto, debe proporcionar una caracterización fecunda de los tipos de enunciados jurídicos que el derecho incorpora. En ese sentido, no compartiría los reparos dworkinianos hacia lo que tilda desdeñosamente de enfoque «taxonómico del derecho» (Dworkin, 2007, pp. 15-16)¹⁶. De acuerdo con este autor, el enfoque taxonómico del derecho entendería que este «contiene un conjunto de reglas concretas y otros tipos de estándares que son estándares jurídicos, distintos de los morales, consuetudinarios o de algún otro tipo». A juicio de Dworkin, este enfoque incurriría en el error de distraer la atención de la cuestión principal, «de si y cuándo la moralidad se encuentra entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas», error al que él mismo admite que podría haber contribuido al sugerir en sus escritos iniciales que el derecho no solo contiene reglas, sino también principios.

12 Cfr. algunos ejemplos ilustrativos en Laporta (1993, pp. 60-63) o Moreso (2002, p. 106).

13 Esta cuestión también se ha abordado en Ródenas (2012, pp. 93-98).

14 Como la perfilada por Nino en algunos de sus últimos trabajos (1992; 1994) y, más recientemente, por Atienza (2006).

15 Como la desarrollada por MacCormick (1978), por Alexy (1989), o por Atienza (1991; 2013).

16 Dworkin (2007) personifica este enfoque en Josep Raz (p. 15, nota 5).

Como acabo de apuntar, las «taxonomías normativas» serían un punto de partida indispensable para dar cuenta de las razones que el derecho incorpora de cara a la toma de decisiones. Cabe suponer que las taxonomías tendrían que afinar lo más posible en la distinción entre reglas y principios, pero deberían también desplegarse en el interior de cada una de estas categorías, fijando criterios claros de distinción entre subtipos de reglas y subtipos de principios¹⁷ (principios en sentido estricto, directrices, principios implícitos, principios explícitos, principios sustantivos, principios institucionales, etc.) y, posiblemente, contemplar también enunciados que expresan balances o compromisos entre principios para casos genéricos¹⁸.

En suma, solo partiendo de una adecuada taxonomía de los enunciados jurídicos podremos llegar a una buena comprensión de los tipos de razones para la toma de decisiones que el derecho incorpora. Y precisamente este es el punto de partida indispensable desde el cual dar cuenta de toda una serie de tensiones jurídicas internas al derecho que operan en el trasfondo de los casos difíciles. Hacer aflorar esas tensiones internas al derecho, llevándolas a la luz, y tratar de proyectar sobre las mismas un buen análisis teórico nos sitúa en la perspectiva idónea para obtener una caracterización teórica más compleja de la naturaleza del derecho y, de resultas, para prestar un buen servicio teórico a los dogmáticos y a los juristas prácticos, proporcionando la base racional sobre la cual discriminar entre casos difíciles en los que todavía es concebible una respuesta racional de acuerdo con el derecho, y casos difíciles en los que no cabe sino hablar de discrecionalidad en sentido fuerte. Haría posible, en suma, reconciliar teoría y práctica hasta donde los límites de la racionalidad práctica lo permitieran.

17 Podemos encontrar una taxonomía muy productiva de estos enunciados en Atienza y Ruiz Manero (1996).

18 Se ha procurado perfilar ese género híbrido de enunciado entre las dos categorías básicas en Ródenas (2012, pp. 103-104).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, Trads.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Atienza, M. (2011). Dos tipos de constitucionalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 73-88.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, (27), pp. 7-28.
- Barberis, M. (2011). Ferrajoli o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 89-93.
- Bayón Mohíno, J. C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En *La relevancia del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres-Editor.
- Díaz, E. (1975). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus.
- Dworkin, R. (1977). ¿Es el derecho un sistema de reglas? México: Instituto de investigaciones jurídicas.
- Dworkin, R. (1995). Positivismo y Derecho. En *La crisis del derecho y sus alternativas* (pp. 73-96). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 15-53.
- Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.
- García Amado, J. A. (2010). La filosofía del Derecho en España hoy. Un balance pesimista. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, (44), pp. 523-538.
- Gascón, M. (2015) Ponencia presentada en la mesa redonda *Bobbio y el futuro de la filosofía del Derecho* en el XXI Seminario Hispano-Franco-Italiano de Filosofía del Derecho. Alicante, España.
- González Vicén, F. (1969). La filosofía del Derecho como concepto histórico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (14), pp. 15-65.

- Hart, H. L. A. (1990). El nuevo desafío del positivismo jurídico (F. Laporta, L. Hierro y J.R. de Páramo, Trans.). *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, (36), pp. 3-18.
- Hart, H.L.A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. México: Instituto de investigaciones jurídicas.
- Kelsen, H. (2006). ¿Qué es la teoría pura del Derecho? (E. Garzón Valdés, Trad.). México: Fontamara.
- Laporta, F. (1993). *Entre el Derecho y la moral*. México: Fontamara.
- Laporta, F. (2011). Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp.167-181.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Moreso, J.J. (2002). En defensa del positivismo jurídico inclusivo. En P. Navarro y M.C. Redondo (Eds.), *La relevancia del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Moreso, J.J. (2011). Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 183-199.
- Nagel, T. (2001). *La última palabra*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Prieto, L. (2011). Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 229-244.
- Ródenas, A. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), pp. 417-448.
- Ródenas, A. (2011). Validez material y constitucionalismo garantista. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 265-273.
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (2014). *El legado del positivismo jurídico*. Lima: Palestra-Temis.
- Ruiz Miguel, A. (2011). Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), pp. 275-288.
- Wittgenstein, L. (2006). *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid: Tecnos.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña

Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com

Página web: www.tareagrafica.com

Teléf: 332-3229 Fax: 424-1582

Agosto 2017 Lima - Perú



ISSN 2312-4830



9 772312 483000

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria N.º 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>